

Questions de constitution

Dominique Rousseau

Volume 19, numéro 2-3, 2000

Judiciarisation et pouvoir politique

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/040222ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/040222ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de science politique

ISSN

1203-9438 (imprimé)

1703-8480 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Rousseau, D. (2000). Questions de constitution. *Politique et Sociétés*, 19(2-3), 9–30. <https://doi.org/10.7202/040222ar>

Résumé de l'article

La constitution est souvent présentée comme un principe d'ordre donnant unité et sens (modèle de la constitution-système) ou, inversement, comme un texte vide de sens (modèle de la constitution-néant). À partir d'une analyse critique de ces deux modèles, l'auteur propose de définir la constitution comme un principe de réflexion — dans les deux sens du mot réflexion — des sociétés humaines. Cette appréhension du texte constitutionnel renvoie à une modernité politique où la production de sens se construit symboliquement par une délibération continue entre égaux et non par l'appel à un référent transcendantal ou métaphysique.

QUESTIONS DE CONSTITUTION

Dominique Rousseau
Université de Montpellier

La constitution, c'est le principe de réflexion des sociétés humaines. Contre l'embrouillamini du *jus naturalisme* — «La nature est muette, on l'interroge en vain», écrit Voltaire après le tremblement de terre de Lisbonne — et la dogmatique normativo-positiviste — «On doit se conduire de la façon prescrite par la Constitution» est l'acte de foi de tous les courants issus du kelsénisme — il s'agit de penser la Constitution comme l'acte distinctif de la modernité politique. Se retrouvant entre eux, dans un monde d'où le divin s'est retiré, les hommes «sont condamnés à être libres», c'est-à-dire à poser les règles de la vie bonne sans un référent extérieur, transcendantal ou métaphysique, qui en garantisse la vérité ou la valeur. Faire du désenchantement du monde la marque de la modernité ne signifie pas en faire une étape séparant un avant et un après sur le parcours de l'histoire de l'humanité allant inéluctablement dans le sens du progrès. D'une manière différente, l'homme grec est aussi moderne et désenchanté que l'homme contemporain. Il croit sans doute dans un monde de dieux et la religion est un des éléments constitutifs de sa vie privée et publique ; mais, en même temps, il pense les affaires de la cité sur un mode laïc. La politique est conçue en effet comme un espace autonome où les décisions relèvent non de la volonté ou de la traduction de la volonté de tel ou tel dieu, mais de la responsabilité des hommes. Le fondement des règles de la communauté n'est pas cherché ailleurs que dans le débat public contradictoire, dans la discussion publique, dans l'échange d'arguments au sein des assemblées de citoyens. La démocratie athénienne est ainsi plus proche de l'époque contemporaine que des périodes pourtant plus récentes où le droit n'était pas pensé comme le fait des hommes et de leur délibération, mais comme le fait de la volonté divine que le Prince, en tant que corps sacré, avait pour mission de traduire en règles positives. Droit des hommes, droit de Dieu, le passage de l'un à l'autre n'est donc pas à sens unique et ne répond à aucune marche de l'histoire ; l'actualité de la dislocation de la matrice théologique du droit, qui fait la modernité politique n'est ainsi ni générale ni irréversible. Elle informe

Dominique Rousseau, Centre d'Études et de Recherches comparatives constitutionnelles et politiques, faculté de droit et des sciences économiques, Université de Montpellier I, 39, rue de l'Université, 34060 Montpellier, France.

toujours nombre d'ensembles ou de systèmes juridiques et, même sur le Vieux continent, de nombreux signes marquent le « retour » possible du modèle théologico-politique.

La modernité est une chose fragile qui tient à ce que ses conditions de possibilité sont devant elle : elle suppose, c'est-à-dire elle pose, comme point de départ nécessaire, des hommes désenchantés alors qu'elle les produit. D'où le décalage permanent et la tension contradictoire à l'œuvre au cœur même de la modernité. Décalage et tension au demeurant insurmontables, ce qui ne veut pas dire qu'il n'y ait point déplacements, dans la mesure où le désenchantement du monde met immédiatement les hommes en situation de « demandeurs de sens » et le marché est riche en propositions métaphysiques attrayantes. La sacralisation du droit et en particulier de la constitution fait partie de ces propositions : le juge serait ainsi, pour certains, le moderne sanctuaire d'où le nouvel oracle annoncerait la Parole, donnerait le Sens.

Il est sans doute difficile à l'homme moderne de s'accepter ou de se représenter comme un « homme sans qualités » selon le beau titre du roman de Robert Musil. Mais cette situation n'implique pas fatalement qu'il sombre dans le nihilisme juridique — aucune règle n'est possible car rien ne peut garantir sa validité — ou qu'il invente un nouvel au-delà pour fonder en vérité les lois de la cité. La condition de l'homme moderne est de vivre cette double attirance, cette tension entre être sans qualités et être de sens, qui précisément le constitue comme homme moderne. Et la constitution est cet acte qui peut faire vivre cette dualité à la fois parce qu'elle l'exprime et parce qu'elle la réfléchit.

Cette réponse paraîtra ambitieuse et hors de la compétence du juriste. Elle se comprend pourtant aisément si, loin de toute position dogmatique, il est fait retour sur les trois âges de la constitution : l'âge du système, l'âge de la déchéance, l'âge du principe de réflexion. Mais, à la différence des trois âges de l'aristocratie décrits par Chateaubriand, la constitution ne sort pas du premier pour dégénérer dans le second et s'éteindre dans le dernier. Ce ne sont pas des âges successifs. Ils se développent ensemble, se reformulent et se poursuivent indéfiniment dans une modernité aujourd'hui en suspens et qui le restera tant que la constitution ne sera pas devenue le principe de réflexion des hommes sans qualités. Et si ce moment advient, rien ne garantit qu'il soit indépassable, rien ne garantit que la constitution ne soit pas « rebranchée » sur un au-delà hypothéticologique ou métaphysique. Loin d'être désespérante, cette incertitude est le ressort d'une pensée invitée à sortir de la routine de l'un ou l'autre pour se saisir du paradoxal. Encore faut-il, avant de partir avec « gourmandise » sur les chemins frais des découvertes, faire le point comme tout bon marin.

Résumé. La constitution est souvent présentée comme un principe d'ordre donnant unité et sens (modèle de la constitution-système) ou, inversement, comme un texte vide de sens (modèle de la constitution-néant). À partir d'une analyse critique de ces deux modèles, l'auteur propose de définir la constitution comme un principe de réflexion — dans les deux sens du mot réflexion — des sociétés humaines. Cette appréhension du texte constitutionnel renvoie à une modernité politique où la production de sens se construit symboliquement par une délibération continue entre égaux et non par l'appel à un référent transcendantal ou métaphysique.

Abstract. The Constitution is often presented as an ordering principle that provides both unity and meaning (i.e. the constitution as a system) or, on the opposite, as a text void of a clear meaning (i.e. the constitution as a non-system). Based on a critical analysis of these two models, the author proposes a definition of the constitution as a focus for reflection — in both senses of the word — in human societies. This particular conception of constitutional texts stems from a modern conceptualization of politics in which "direction", or "meaning", is constructed symbolically through a continuous process of deliberation among equals rather than through an appeal to a transcendental or metaphysical referent.

Avec quels instruments ? Ceux qu'un juriste peut emprunter, en les traduisant dans son vocabulaire, à la théorie du droit, à la sociologie, à l'histoire et à la psychanalyse. Chacune de ces disciplines, droit compris, propose, sans doute, une construction propre de l'objet « constitution », et il n'est donc pas sûr que la constitution du juriste soit la constitution du psychanalyste, mais, précisément, la juriste constitutionnaliste ne peut se priver de ces « médiations¹ » s'il veut comprendre cet ensemble de mots appelé « constitution ». En France, ce parti pris épistémologique n'est pas commun et à qui veut s'y exercer, il est souvent conseillé de se référer à la littérature anglo-saxonne, plus habituée à mettre en relation et à faire discuter les différents savoirs. L'observation est juste et les réflexions qui suivent sont évidemment redevables de ces lectures². Pourtant, il existe aussi

1. Au sens que Jean-Paul Sartre donne à ce terme dans *Questions de méthode*, Gallimard, Iolècs, 1960.

2. Par ex., Herbert L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976 ; N. Mac Cormick, *La texture ouverte des règles juridiques*, dans *Controverses autour de l'anthologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 109 ; R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, P.U.F., 1997 ; *L'empire du droit*, Paris, P.U.F., 1993 ; J. Rawls, *Théorie de la Justice*, Paris, Seuil, 1987 ; G. Teubner, *Pour une épistémologie constructiviste du droit*, dans *Annales ESC*, nov.-déc. 1992, n° 6, p. 1149 ; *Le Droit, un système autopoïétique*, Paris, P.U.F., 1993 ; N. Luhmann, *L'unité du système juridique*, dans *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 163 ; A. Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, P.U.F., 1997.

une littérature « continentale³ » et même française qui, bien que peu citée ou utilisée par l'autre littérature, donne les instruments permettant de penser les paradigmes engagés dans la question de la juridicité d'un énoncé : Bourdieu⁴, Derrida⁵, Foucault⁶, Ricœur⁷ et Legendre⁸ bien sûr, mais encore, Amselek⁹, Troper¹⁰, Lefort¹¹, Abensour¹², Lacroix¹³, Marin¹⁴, et pour les plus jeunes, Cayla¹⁵, de Béchillon¹⁶, ou Jouanjan¹⁷.

Il est au demeurant vain et, pire encore, peu conforme à l'éthique intellectuelle de réduire ou juger le travail de chacun à la mobilisation patriotique de « ses » écrivains. Cette prétention ferait rire les dieux, et ou doit bien trouver dans toutes les littératures une réflexion aussi salutaire que celle de Jean-Paul Dumont commentant l'Hermotime de Lucien¹⁸. Est-il, en effet, vraiment original de se poser, ici et aujourd'hui, la question suivante : comment penser le droit, et en particulier

-
3. Voir, par ex., M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988 ; *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992 ; J. Lenoble et F. Ost, *Droit, mythe et raison*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980 ; J. Lenoble et A. Berten, *Dire la norme*, Paris, L.G.D.J., 1990, J. Habermas, *Droit et Démocratie*, Paris, Gallimard, 1997 ; H.G. Gadama, *Vérité et méthode*, Paris, Seuil, 1976 ; F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, Paris, P.U.F. Leviathan, 1996 ; L. Wittgenstein, *Traetatus logico-philosophiques*, Paris, Gallimard, 1961 ; *Investigations philosophiques*, Paris, Gallimard, 1961 ; G. Vattimo, *Éthique de l'interprétation*, Paris, La Découverte, 1991, V. Eco, *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992.
 4. P. Bourdieu, *Esquisses d'une théorie de la pratique*, Droz, Genève, 1972 ; *Questions de sociologie*, Paris, Minuit, 1984 ; « La force du Droit », *Actes de la Recherche*, n° 64, 1986, p. 3.
 5. J. Derrida, *Force de la loi : le fondement mystique de l'autorité*, *Cardozo Law Review*, vol. 11, 1990.
 6. M. Foucault, *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard/Seuil, 1997 ; *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976.
 7. P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990 ; *Le juste*, Paris, Esprit, 1995.
 8. P. Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999.
 9. P. Amselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, P.U.F., 1986.
 10. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., 1986.
 11. C. Lefort, *Le travail de l'œuvre Machiavel*, Paris, Gallimard, 1972 ; *Essais sur la politique XIX^e et XX^e siècle*, Paris, Seuil, 1986.
 12. M. Abensour, *La démocratie entre l'État*, Paris, P.U.F., 1997.
 13. B. Lacroix, « Ordre politique et ordre social : objectivisme, objectivation et analyse politique », dans *Traité de Science politique*, t. 1, Paris, P.U.F., 1994.
 14. L. Marin, *De la représentation*, Paris, Gallimard/Le Seuil, 1994.
 15. O. Cayla, *La notion de signification en droit*, thèse, Paris II, 1992.
 16. D. de Béchillon, *Qu'est-ce que la règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.
 17. O. Jouanjan, « État de Droit, forme de gouvernement et représentation », dans *Études de Droit théorique et pratique*, Strasbourg, Presses de l'Université de Strasbourg, 1998.
 18. Lucien, *Hermotime ou comment choisir sa philosophie ?* Paris, P.U.F. 1993.

conscient, libre et doué de volonté ? Est-il vraiment original de chercher, entre la tentation normativiste et la tentation nihiliste, une réponse dans la forme symbolique¹⁹ ? Qui ne s'est pas posé la question et ui n'a pas cherché une réponse, celle-ci ou une autre ? Modestement, et dans les limites de mes lectures et donc sous réserve de découvertes futures — il s'agit ni de dire la vérité d'une réponse ni d'identifier la « bonne » réponse, mais seulement d'essayer de saisir les questions de constitution en jeu et à l'œuvre dans les principales réponses contemporaines.

LA CONSTITUTION COMME SYSTÈME

La constitution prend la forme d'un système en ce qu'elle est présentée comme le principe d'ordre donnant unité et sens à l'ensemble des règles juridiques organisant la vie des hommes. Toutes les règles s'ordonnent sous la constitution, tout le droit procède de la constitution : les actes individuels des actes réglementaires, les actes réglementaires des lois, les lois de la constitution. Pensée comme la norme initiale, la constitution est à la fois la condition de possibilité du système et sa clôture dans la mesure où elle renferme et referme le droit sur lui-même. Point besoin de chercher les raisons des règles et des comportements des hommes dans leurs différentes activités sociales — parent, citoyen, administré, consommateur, usager,... Les réponses à toutes les questions sur les multiples formes du « sujet de droit » sont dans la constitution. S'interroge-t-on sur le sujet saisi par le droit pénal ? Il existe un droit constitutionnel pénal ! Sur le sujet saisi par le droit du travail ? Il existe un droit constitutionnel du travail. Il en est ainsi pour toutes les divisions de la vie sociale : un droit constitutionnel économique, de la fonction publique, de la famille, des partis politiques, de la fiscalité,... La constitution fait système²⁰.

Elle fait aussi sens. Elle aborde en effet la question du sens de l'existence humaine et de la vie des hommes en société en exprimant une vision globale du monde, ou ce que Georges Burdeau appelle une « idée de droit », c'est-à-dire une représentation de l'ordre social désirable²¹. L'homme, déclarent par exemple les textes constitutionnels de 1789 et de 1946, est un être humain qui possède des droits inaliénables et sacrés et le but de leur association politique est la

19. En référence aux travaux d'un auteur important et trop méconnu : E. Cassirer. voir par ex., *La philosophie des formes symboliques*, t. 1, 2 et 3, Paris, Minuit, 1972 ; *Essai sur l'homme*, Paris, Minuit, 1975 ; *Le mythe de l'État*, Paris, Gallimard, 1993.

20. Voir les théories de N. Luhmann et G. Teubner et leur critique par F. Ost dans *La force du droit*, Paris, Esprit/Seuil, 1991, p. 139 et suiv.

21. G. Burdeau, *Une survivance : la notion de constitution*, dans *L'évolution du droit public*, Paris, Sirey 1956, p. 53.

conservation de ces droits et le bonheur de tous ; il est un être libre qui se lie volontairement à ses égaux pour, avec eux, construire les institutions qui permettent à chacun et à tous de réaliser leur destin d'homme libre. Après la chute du régime salazariste, la constitution portugaise du 2 avril 1976 dispose, dans ses articles 1 et 2, que « le Portugal est une République souveraine engagée dans sa transformation en une société sans classes » et « dont l'objet est d'assurer la transition vers le socialisme en créant les conditions nécessaires à l'exercice démocratique du pouvoir par les classes laborieuses ». Aux lendemains de la barbarie hitlérienne, le préambule de la loi fondamentale du 23 mai 1949 déclare que le peuple allemand « conscient de sa responsabilité devant Dieu et devant les hommes et animé de la volonté de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie » se donne une constitution qui, précise le troisième aliéna, « vaut pour le peuple allemand tout entier ». La constitution bulgare du 12 juillet 1991, comme toutes celles adoptées après l'effondrement des régimes « populaires », commence par déclarer la fidélité du peuple bulgare « aux valeurs universelles : liberté, paix, humanisme, égalité, équité, tolérance » et sa volonté d'ériger « en principe suprême les droits de l'individu, sa dignité et sa sécurité ».

Autant de constitutions, autant d'exemples de récits qui racontent l'histoire des hommes, donnent un sens à leur vie individuelle et collective et répondent à leurs interrogations existentielles : Qui suis-je ? Un être de droit ; D'où suis-je issu ? De la longue suite des événements qui ont fait le peuple français — ou allemand, ou bulgare... — ; Pourquoi suis-je là ? Pour continuer cette histoire et accomplir le souhait d'une société de paix et de liberté. Pour répondre à ces questions, les sociétés anciennes avaient leurs mythologies ; les constitutions sont, aujourd'hui, les mythologies des sociétés modernes²².

Ainsi comprise comme système ayant réponse à toutes les questions que peut se poser l'homme, la notion de constitution inaugure ou fait revivre le « modèle » théologico-politique. Cela ne signifie pas que la constitution-système implique nécessairement pour « fonctionner » un référent extérieur, métaphysique ou divin. Elle ne l'exclut sans doute pas. Dans le point de vue kelsenien, la constitution posée n'est pas, à elle seule, la garantie de la systématité sans faille de l'ordre juridique ; elle a besoin d'une « hypothèse logique transcendante », la *grundnorm* qui la fonde comme système complet et fermé par la formule « on doit se conduire de la façon que la constitution prescrit ». De même, les États-Unis ont directement placé leur déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776 sous l'autorité « des lois

22. Voir, par ex. : J. Habermas, *Droit et Démocratie*, Paris, Gallimard, 1997.

de la nature et du Dieu de la nature » qui fondent le droit du peuple américain de dissoudre les liens politiques qui l'ont attaché à un autre, à prendre, parmi les puissances de la terre, une place séparée et égale, et à se doter d'une constitution.

Mais la constitution-système peut tout aussi bien se passer de référent métaphysique et être fondée seulement sur la décision politique des hommes. Avant même que la mort de Dieu ne soit annoncée, des philosophes, tel Guillaume d'Occam, déplaçaient le fondement du droit de la nature des choses ou de la loi divine à la nature de l'homme; et Hobbes poursuivait le travail en analysant l'ordre juridique comme une convention passée entre les hommes. Doué de raison, chaque homme dispose d'une autonomie et d'une capacité créatrice qu'il utilise, par un calcul raisonné de ses intérêts, à construire un contrat social, des institutions et des règles de comportement. L'État Léviathan et son système juridique ne sont pas le reflet respectueux de l'ordre des choses ou de la volonté divine, mais un « artifice » voulu, posé par la raison humaine. Georges Burdeau ne dit pas autre chose lorsqu'il pense le concept de constitution comme un « édifice rationnel élevé pour des êtres de raison », et qu'il analyse son déclin comme la conséquence d'une époque — les années 1950 — qui abandonne la philosophie rationaliste pour magnifier « la vie dans ses forces élémentaires et spontanées²³ ».

La constitution-système peut donc être pensée comme un artifice rationnel, produit de la seule volonté politique des hommes. L'idée d'un Dieu créateur du monde peut subsister comme chez Hobbes ou disparaître complètement comme à l'époque contemporaine, l'important est l'affirmation selon laquelle l'homme fonde le droit. Pourquoi, dans ces conditions, cette pensée-là conduit-elle à un « retour » du modèle théologocopolitique ? Stéphane Rials répond en attribuant la responsabilité non pas à l'artificialisme constitutionnel mais aux hommes et aux juges constitutionnels²⁴. Aux hommes, parce qu'ils n'arriveraient pas à assumer leur condition moderne, à accepter la froideur et la liberté que donne un monde désenchanté. Ils auraient besoin de remplir ce vide de sens par une « présence réelle » pour reprendre le mot de Georges Steiner²⁵; ils auraient besoin aussi de mettre de la transcendance dans le droit, de sacraliser le droit pour oublier le caractère contingent, relatif et conventionnel des règles posées par les hommes. Aux juges constitutionnels, parce qu'ils sont les instruments de cette sacralisation du droit et qu'ils deviennent, pour cette raison, les nouvelles idoles que chacun vénère comme si elles étaient le Droit lui-même. Alors que la pensée moderne avait

23. G. Burdeau, *op. cit.*, p. 53.

24. Stéphane Rials, *Entre artifice et idolatrie*, *Le Débat*, n° 64, mars-avril 1991, p. 163.

25. Georges Steiner, *Réelles présences*, Paris, Gallimard, 1991.

progressivement dévoilé le caractère arbitraire des règles juridiques, l'intervention des juges constitutionnels conduit à les replacer sous le règne de la Vérité. Les lois ne tirent plus leur autorité d'une décision politique, de la volonté d'hommes en situation arithmétique, à un moment donné, d'imposer leurs vues, mais de leur rapport de vérité à la constitution. Les juges en effet — dans cette conception de leur rôle — effacent, ou, plus exactement, recouvrent l'arbitraire des lois soit, s'ils les confirment, en leur procurant un caractère objectif, soit, s'ils les censurent, en montrant précisément que l'arbitraire politique ne peut être la source des lois. Bref, le contrôle de constitutionnalité transforme la loi des hommes, êtres physiques, subjectifs et partisans, en loi du Droit, sorte de divinité garantissant par son extériorité le sens et la valeur de vérité de la règle. Et les juges, en se donnant à voir comme la simple bouche de ce Droit, seraient à la fois les artisans et les prêtres de cette nouvelle religion constitutionnelle; d'où le culte dont le droit serait l'objet et que chacun — juges ordinaires, hommes politiques, professeurs de droit,... — devrait pieusement reconnaître et honorer.

Ces explications du retour du théologique ont un double mérite : celui, d'abord, de briser l'idée d'une succession chronologique en montrant le travail du religieux toujours à l'œuvre au sein de la modernité; celui, aussi, de mettre au jour avec intelligence la logique du discours tenu sur la justice constitutionnelle non pas par les «nouveaux constitutionnalistes», mais tout aussi bien par certains d'entre eux que par certains politistes ou certains philosophes du droit. Elles ne suffisent pas cependant à rendre compte du phénomène. En effet, faire des juges constitutionnels les bâtisseurs d'une nouvelle religion est un point de vue, ou, de manière plus savante, une construction doctrinale autant que sociale au principe de laquelle se trouvent des intérêts contradictoires convergents : les uns trouvent dans cette représentation le discours de nature à asseoir le rôle social indiscutable du Droit et de ses serviteurs; les autres y puisent la justification d'un «traitement» du droit par la philosophie; d'autres encore y voient le moyen d'affirmer la supériorité de la science politique en ce que cette représentation obligerait à «constater» le caractère, sinon la nature, décidément idéaliste du droit. Que tout ce monde ait intérêt à imposer cette représentation des juges constitutionnels qui satisfait et renforce chacun dans ses positions n'empêche pas cette représentation d'être seulement un point de vue. Un point de vue qui a ses raisons, qui doit être reçu et entendu avec intérêt, mais un point de vue dont la rationalité peut être discutée, comme l'exercice en sera tenté plus loin.

Mais surtout ces explications manquent peut-être l'essentiel en ne pensant pas la relation nécessaire de l'artificialisme et de l'idolâtrie. Loin d'être deux ordres contradictoires et antinomiques reposant sur des logiques propres et séparées, loin d'être les deux pôles entre

lesquels le constitutionnalisme serait condamné à hésiter, ils sont liés l'un à l'autre par une sorte de nécessité objective qui les prend ensemble dans un enroulement sans fin. L'artificialisme se conçoit sans doute lui-même comme la pensée moderne assumant pleinement le désenchantement du monde ; la constitution n'est-elle pas, selon Carl Schmitt²⁶, une décision politique relevant de la seule volonté des hommes et réglant seulement la communauté des hommes ? Rien, en apparence, de religieux, de sacré ou de métaphysique dans cette conception-là. Et pourtant, concevoir la constitution comme le système qui saisit l'homme dans toutes ses activités sociales, qui apporte les réponses à toutes les questions que l'homme se pose, y compris celles du sens de son existence individuelle et collective en tant que peuple, c'est concevoir la constitution comme une religion. Sécularisée peut-être, mais religion cependant en ce que la constitution est présentée comme un système global fermé, le tabernacle où est enfermé l'ensemble des règles de vie des hommes.

Qu'un acte fait par les hommes — la constitution — puisse avoir la qualité d'acte sacré et faire en conséquence l'objet d'un culte ne surprendra que ceux qui ont oublié que toute religion est créée par les hommes et que le dernier chapitre du *Contrat social* a pour titre « De la religion civile ». Jean-Jacques Rousseau, faut-il le rappeler, n'avait pas prévu ce chapitre lorsqu'il a conçu le plan de son célèbre ouvrage ; il l'a ajouté après, se convainquant progressivement que la construction sociale qu'il proposait ne pouvait tenir que si les hommes se persuadaient que leur contrat était en lui-même et par lui-même sacré. Un des dogmes de cette religion civile imaginée par Rousseau n'est-il pas « la sainteté du contrat social et des lois » ? Religion « civile », c'est-à-dire, comme il l'écrit, qui n'engage personne dans une croyance, quelle qu'elle soit, dans un autre monde ; sur ce sujet, précise-t-il, « chacun peut avoir au surplus telles opinions qu'il lui plaît sans qu'il appartienne au souverain d'en connaître ». Ce qui importe est que l'individu croie en la société qu'il crée par le contrat et que cette croyance, cette « profession de foi purement civile », qui respecte sa liberté intérieure de conscience, fortifie le lien social et les sentiments de sociabilité²⁷.

Même pur produit de la raison humaine, ou mieux, parce que pur produit de la raison humaine, la constitution-système prend la place — au sens fort de la formule — de la religion. Il en est ainsi parce que, selon un processus infernal que l'École de Francfort a essayé de penser²⁸, la Raison, sûre d'elle-même et dominatrice, finit par prendre

26. Carl Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, P.U.F., « Léviathan », 1993.

27. Voir, par ex. : *L'amour des lois*, Sainte-Foy/Paris, Presses de l'Université Laval, L'Harmattan, 1996.

28. P.L. Assoun, *L'école de Francfort*, Que sais je ?, Paris, P.U.F., 1987 ; M. Jay, *L'imaginaire dialectique*, Paris, Payot, 1977 ; R. Wiggershaus, *L'école de Francfort*, Paris, P.U.F., 1993.

au sérieux les produits qu'elle crée, par croire en leur vérité vraie, et glissements après glissements, par en imposer le respect et l'obéissance comme s'il s'agissait de dogmes révélés, de règles sacrées et par exiger que la constitution, son produit suprême, soit l'objet d'un culte.

Ce « moment-là » de la constitution n'est ni passé ni dépassé ; il est toujours présent et servi, sur un mode souvent inavoué, par nombre de constitutionnalistes. Mais il côtoie une autre pensée de la constitution, celle de sa déchéance.

LA CONSTITUTION COMME NÉANT

Là où commence la constitution, là finit la vie. Contre le dynamisme social, le foisonnement des initiatives, la spontanéité créatrice, l'imagination politique, contre la volonté de puissance la constitution représente et oppose la volonté de la raison : elle contraint chacun à comprendre la vie politique à travers le langage et les catégories qu'elle institue ; elle force la vie politique à s'accomplir dans le respect des procédés et des procédures juridiques ; elle impose à l'action et à la décision politiques de se conformer aux principes qu'elle énonce. Dans le jeu politique qui est désordre, chaos, élans passionnels, la constitution introduit ordre, cohérence et raison ; elle est, dans le langage de Michel Foucault, un appareil de répression du corps politique.

La constitution de 1958 offre aux partisans de cette thèse un exemple parfait de normalisation du monde politique par la multiplication des dispositions « policières » conçues pour discipliner les comportements des acteurs politiques. Ainsi, la discipline de l'activité législative des parlementaires se manifeste non seulement par l'enfermement de leur pouvoir dans un domaine limité — article 34 — mais encore par la montée dans la Constitution des principales règles de procédure législative généralement sises dans les règlements des assemblées : nombre des commissions parlementaires, modalité et fixation de l'ordre du jour, recevabilité des propositions de loi. De même, les débats politiques animés et les jeux parlementaires faisant et défaisant les gouvernements sont disciplinés par l'article 44 — vote bloqué — et surtout par l'article 49 qui pose des conditions draconiennes à la mise en cause de la responsabilité ministérielle et permet au pouvoir exécutif de faire adopter ses lois sans vote.

Cette mise en ordre du politique ou, selon la formule consacrée et explicite, cette rationalisation du régime politique atteint cependant son point ultime avec la création du Conseil constitutionnel que Michel Debré, dans son discours au Conseil d'État du 27 août 1958, qualifie d'« arme contre la déviation du régime parlementaire ». À n'en pas douter, les mots « armes » et « déviation », quelle que soit la manière dont ils sont venus sous la plume du garde des Sceaux,

conforteront tous ceux qui, à la suite de Michel Foucault — ce qui ne veut pas dire nécessairement dans la fidélité à sa pensée —, analysent le droit comme un appareil de discipline, voire de police des corps. Sans se rattacher à la philosophie de l'auteur de la *Volonté de Savoir*, Michel Guenaire, par exemple, retrouve le raisonnement et le vocabulaire de l'anticonstitutionnalisme. Selon cet auteur²⁹, la crise de la politique moderne naît, pour une part importante, du développement du contrôle de constitutionnalité qui brise les élans du législateur, détruit le débat politique parlementaire et annihile la confrontation des opinions. À la place d'une volonté d'action et de décision s'impose une stratégie permanente de contrôle, de surveillance et de menace de sanction. À la place du concret des aspirations vivantes et contradictoires de la société contemporaine s'impose l'abstraction de principes posés il y a deux siècles et éternisés, figés par le travail du juge constitutionnel. À la place du débat animé des idées politiques s'impose l'échange poli d'arguments juridiques. Quand, par exemple, le conflit sur les nationalisations est transmis au Conseil, l'argumentation politique tant dans son contenu — socialisme/libéralisme — que dans sa forme — violence des débats — s'efface pour laisser la place aux seuls arguments acceptables et acceptés dans le champ du droit : exégèse des textes constitutionnels (1789 et 1946), conciliation des principes contradictoires, définition et contrôle du caractère préalable et juste de l'indemnisation... Par le contrôle de constitutionnalité, la constitution serait devenue un acte figeant le passé et porteur de mort pour le présent. En conséquence, les partisans de cette « école » invitent très logiquement à replacer les juges, le droit et la constitution dans une position subordonnée et à donner la priorité à la politique, à favoriser le « retour » du politique, c'est-à-dire, selon Michel Guenaire, du principe d'autorité, de puissance, de décision et de volonté³⁰.

Cette invitation ferait certainement sourire ceux qui se réclament des courants déconstructionnistes. Non parce qu'ils ne partagent pas la philosophie antijuridique des partisans du tout politique, mais parce qu'ils jugent inutile de tirer sur une ambulance ; ou, plus noblement, parce qu'il ne sert à rien de partir en guerre contre un texte, la constitution, qui, selon eux, est vide de sens. Que la constitution soit un système global ayant réponse à tout est, en effet, dans cette problématique, une illusion. En réalité, elle n'organise rien, ne commande rien, n'oblige à rien, ne garantit rien ; « littéralement, écrit Pierre Avril, le texte de la Constitution ne veut rien dire³¹. »

29. Michel Guenaire « La Constitution ou la fin du politique », *Le Débat*, n° 64, mars-avril 1991, p. 149.

30. Pour une critique de cette thèse, voir : Dominique Rousseau, « Constitution ou la politique autrement », *Le Débat*, n° 64, mars-avril 1991, p. 182.

31. Pierre Avril, « Le juge et le représentant », *Le Débat*, n° 74, mars-avril 1993, p. 151.

Il est ainsi illusoire de penser que la constitution « veut dire » régime parlementaire ou régime présidentiel ou régime semi-présidentiel : au Portugal, en Suède, en Autriche, aux États-Unis, en Espagne, en France, quelle que soit l'organisation de la séparation des pouvoirs « voulue » par l'écrit constitutionnel, l'unité du pouvoir d'État se reconstitue sur l'exécutif par la grâce de la logique politique majoritaire attribuant au camp victorieux et à son chef la maîtrise du pouvoir normatif. Il est également illusoire de penser que la constitution « veut dire » principe d'ordre d'où se déduisent logiquement toutes les règles de comportement des acteurs sociaux : nationale et, depuis la révision de 1992, européenne, sociale et libérale depuis la constitutionnalisation des déclarations des droits de 1946 et de 1789, la constitution française mélange des principes trop contradictoires pour donner une unité à un champ juridique qui, dès lors, trouve plus son inspiration dans le jeu des intérêts spécifiques de l'œuvre dans chacune de ses divisions que dans le droit de la constitution. Il est encore illusoire de penser que la constitution « veut dire » commandement et contrainte à l'égard du législateur : elle est faite de mots — égalité, nécessité des peines, libre administration des collectivités locales... — qui n'obligent à aucun comportement précis parce qu'ils ne portent en eux aucune signification déterminée, unique et préalable, mais de multiples sens qui laissent les acteurs politiques libres de choisir celui qui correspond à leur volonté d'action.

L'ensemble de la vie politique et juridique d'un pays se déroule en marge, sinon en dehors, du texte constitutionnel. La véritable constitution républicaine de la France jusqu'en 1958 ne sont ni les lois constitutionnelles de 1875, ni la Loi fondamentale du 27 octobre 1946, mais le discours prononcé par Jules Grévy le 31 janvier 1879, dans lequel il affirme que jamais le Président de la République n'entrera en conflit avec la volonté des chambres : un accord politique s'établit en conséquence pour interpréter toutes les dispositions constitutionnelles, y compris celles relatives aux pouvoirs de l'exécutif, dans un sens toujours favorable au Parlement. Comble de la perversion, en prononçant en 1955 la dissolution de la Chambre des députés, Edgar Faure sera accusé de violer cet accord alors qu'il ne faisait qu'appliquer la lettre de l'article 51 de la Constitution de 1946. De même, la véritable constitution de la V^e République, ce n'est pas le texte du 4 octobre 1958, mais la conférence de presse donnée par le général De Gaulle le 31 janvier 1964, où il affirme tout à la fois que le président de la République détient par la volonté du peuple l'autorité indivisible de l'État, définit l'orientation de la politique nationale et dispose de la « faculté de changer le Premier ministre, soit parce que se trouve accomplie la tâche qu'il lui destinait et qu'il veuille s'en faire une réserve en vue d'une phase ultérieure, soit parce qu'il ne l'approuverait plus ». Autant d'affirmations en contradiction avec l'écrit

constitutionnel qu'il ne serait cependant pas possible de qualifier de violations de la constitution, dans la mesure où elles expriment les règles de comportement sur lesquelles les acteurs politiques s'accordent. Le pouvoir présidentiel de révocation du Premier ministre ne figure dans aucun article de la constitution de 1958, mais en 1981 François Mitterrand adhère à la « règle » selon laquelle « il est entendu — c'est-à-dire convenu au sein de la classe politique — entre un président de la République et un premier ministre sous la V^e République que le premier ministre doit s'écarter le jour où c'est nécessaire³² ». Tous les premiers ministres en sont également convenus : « lorsque M. Giscard d'Estaing m'a indiqué son intention de me nommer Premier ministre, déclare Raymond Barre, je lui ai simplement dit que je respecterai la tradition de la V^e République, c'est-à-dire que j'étais prêt à quitter mes fonctions quand il me le demanderait³³ ». Quand au premier ministre Pierre Mauroy, il affirme qu'il est doublement responsable devant le Président de la République et devant l'Assemblée Nationale³⁴. Critique féroce de la procédure de révision utilisée en octobre 1962, François Mitterrand admet en 1988 que « l'usage de l'article 11 établi et approuvé par le peuple peut désormais être considéré comme l'une des voies de la révision, concurremment avec l'article 89³⁵ ».

Ces manières d'exercer le pouvoir sont qualifiées par Pierre Avril de « convention de la Constitution³⁶ ». Leur propriété principale est d'être des règles non écrites construites par les hommes politiques pour leur propre usage et qui gouvernent un comportement tant qu'elles sont acceptées par eux et par les électeurs. Ainsi, chacun admet que la « règle » du pouvoir présidentiel de révocation du Premier ministre tombe en période de cohabitation. Que reste-t-il de la constitution ? Rien. Elle se dissout dans la politique, les rapports de force électoraux, le jeu des partis, la psychologie des hommes, la fluidité et la variabilité des situations politiques ; elle n'est plus, comme l'écrivait en 1956 Georges Burdeau, qu'un hommage formel rendu aux traditions juridiques, un alibi qui dissimule mal la primauté du fait sur le droit³⁷ ». Est-ce un hasard si l'expression « convention de la constitution » est née en Grande-Bretagne, pays qui n'a pas de constitution écrite, sous la plume de John Stuart Mill³⁸ ? Constitution ou non, les « gentlemen's agreement » sont toujours la source véritable de l'exercice des pouvoirs.

32. Interview de François Mitterrand à la B.B.C., in *Le Monde* du 9 septembre 1981.

33. Raymond Barre, *Les régimes semi-présidentiels*, P.U.F., 1986, p. 350.

34. Pierre Mauroy, J.O. Déb. Ass. Nat. Q. et R. 22 mars 1982, p. 1157.

35. François Mitterrand, *Pouvoirs*, n° 45, 1988, p. 138.

36. Pierre Avril, *Les Conventions de la Constitution*, Paris, P.U.F., Léviathan, 1997.

37. Georges Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », *op. cit.*, p. 53.

38. J.S. Mill, *Le gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin, 1865.

Paradoxalement, il est certains déconstructionnistes qui s'étonnent et dénoncent avec vigueur le pouvoir normatif des acteurs juridictionnels sans voir qu'il est la conséquence logique de leur représentation de la constitution. Si, en effet, elle ne veut rien dire, si le sens n'est pas déjà là, contenu dans les dispositions constitutionnelles, il doit être apporté de l'extérieur par les acteurs sociaux qui les utilisent et le juge constitutionnel est, comme le député ou le ministre, un de ces acteurs sociaux. Dès lors qu'il est admis, dans ce registre de pensée, que le texte dont le Conseil constitutionnel se sert pour contrôler la loi ne contient aucun commandement, aucune obligation claire et précise, il revient « naturellement » au Conseil de dire le droit, c'est-à-dire de déterminer le sens des mots au moment d'en imposer le respect aux acteurs politiques. Et cette détermination jurisprudentielle est nécessairement le produit, d'une part, d'un choix entre plusieurs significations possibles, d'une décision libre, puisque le juge ne peut être « tenu » par un texte qui ne signifie rien, et, d'autre part, d'une stratégie politique, puisque cette liberté lui donne la capacité de retenir la signification correspondant à la solution qu'il veut donner au litige. Il lui suffit de décider que le mot « programme » n'a pas le même sens à l'article 38 et à l'article 49 alinéa 1 de la Constitution de 1958 pour conclure que le gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de légiférer par ordonnance sans lui avoir fait connaître au préalable son programme³⁹; ou de décider que la liberté d'association contenue dans la loi du 1^{er} juillet 1901 est, en réalité, un principe constitutionnel pour censurer toute loi qui remettrait en cause cette liberté⁴⁰.

Et le cercle se referme une nouvelle fois sur le juge constitutionnel : accusé de favoriser le retour du théologopolitique dans la conception de la constitution-système, de tuer la vie politique dans la conception vitaliste de Michel Guenais, il est maintenant présenté, dans une certaine compréhension de la constitution-néant, comme un décideur politique que la position dans le système politique érige en véritable gouvernant, constituant et législateur à la fois, à la place du peuple et des représentants. Tout se passe comme si toujours, quel que soit le point de vue doctrinal, était en réalité visée la figure du juge, véritable point de résistance — au sens psychanalytique du terme — de la pensée juridique.

Et pourtant, l'idée de constitution-néant se présente comme l'antithèse absolue de l'idée de constitution-système. Alors que cette dernière est construite sur le principe de raison, source de liberté et de justice, instrument d'organisation des sociétés et foyer du sens de l'existence humaine, l'idée de constitution-néant dénie toutes ces qualités à la raison et lui attribue celles d'emmener les hommes et les

39. C.C. 76.72 D.C., 12 janvier 1977, R. p. 31.

40. C.C. 71.44 D.C., 16 juillet 1971, R. p. 29.

sociétés loin des choses de la vie dans les délires froids des machineries totalitaires; l'une s'alimente à la philosophie triomphante des Lumières, l'autre à l'antirationalisme revivifié par Auschwitz dans la pensée moderne ou postmoderne. Le moment où l'idée de constitution-néant commence à s'affirmer est, en effet, celui où les sciences humaines déconstruisent les grands systèmes philosophiques, rejettent l'hypothèse d'un sujet raisonnable, libre et conscient, démontrent la perversion radicale de la raison; et celui aussi où sont vantées la puissance, la richesse et l'énergie créatrice d'une vie libérée des carcans institutionnels.

C'est dans cet ordre-là du discours philosophique — «La vie contre la Raison, la vie contre le Droit» — que se glisse, en écho, l'analyse de Georges Burdeau observant, à la fin des années 1950, que le déclin du concept de constitution est solidaire du déclin de la philosophie rationaliste qui l'avait conduit à la perfection et que ce concept ne peut plus avoir «cours à une époque où les seules valeurs dotées d'un prestige social sont celles qui magnifient la vie dans ses forces élémentaires et spontanées⁴¹. Michel Guenaire utilise le même type d'argumentation lorsqu'il déplore, en 1991, que la Constitution étouffe et brise les élans de la vie politique⁴². Retrouvant les thèmes vitalistes de la philosophie antirationaliste, les juristes découvrent que le monde saisi par le droit devient un monde mort et que le droit saisi par le monde devient un droit qui perd ses attributs de créateur d'ordre et d'unité.

Cette «découverte» occupe et séduit aujourd'hui de nombreux esprits. Mais elle peut en faire rire ou sourire d'autres, amusés de voir certains défendre, et avec force arguments convaincants, la thèse de la constitution-être absolu saisissant par ses dispositions la vie, la société et l'homme dans leur totalité, et d'en voir d'autres, avec autant d'arguments convaincants, défendre la thèse de la constitution-néant radical impuissante à dire quelque chose sur le monde. N'est-elle pas en effet amusante la «pensée» de l'un ou de l'autre, du noir ou du blanc, du bien ou du mal, de l'extérieur ou de l'intérieur, du sujet ou de la structure, de l'être ou du néant? Car une pensée qui pense n'est-elle pas celle qui assume les contradictions de l'existant, qui rassemble les contraires et qui se reconnaît paradoxale? Tel est, en tout cas, le caractère de ma démarche, de mon raisonnement pour tenter de penser la constitution à la fois être *et* néant, comme principe de réflexion des hommes sans qualités.

41. Georges Burdeau, *op. cit.*, p. 62.

42. Michel Guenaire, *op. cit.*, p. 150.

LA CONSTITUTION, PRINCIPE DE RÉFLEXION DES HOMMES SANS QUALITÉS

La question du fondement d'une constitution est sans doute légitime, mais elle est peut-être aussi condamnée à rester à jamais une question. Non à défaut de réponse, mais, au contraire, par excès de réponse. Il faudrait plus d'une vie humaine pour faire le tour de toutes les « écoles » assurées d'apporter la vérité de la constitution : les unes la trouvent dans la décision d'une volonté politique ; d'autres dans la force normative du fait ; d'autres encore dans des hypothèses logico-pratiques — le contrat social — ou logico-transcendantale — la norme fondamentale — ; d'autres également dans la Nature déclinée en de multiples formes ou dans un univers métaphysique, lui aussi riche et varié. Selon les époques, c'est-à-dire selon le mode de relation qui s'établit entre la conjoncture sociale, politique, intellectuelle globale et la configuration propre à l'espace juridique, une école s'impose, puis, la relation évoluant, s'efface au profit d'une autre. Mais, au fond, rien ne bouge. Éternellement, les mêmes oppositions se reproduisent, et qu'une époque soit jus-naturaliste ou positiviste apprend davantage sur l'époque que sur le fondement de la constitution.

Il faut donc abandonner la question du fondement ultime pour celle des conditions de possibilité de « réussite » sociale de la constitution. Ce changement de terrain conduit à prendre la constitution non comme un texte théorique, produit d'un sujet transcendantal et producteur de comportements obligés, mais comme un texte pratique ou, si l'on préfère, un élément de l'univers pratique d'individus. Une constitution, en effet, n'est pas ou n'est pas seulement « définie en extériorité et en objectivité » ainsi que le pense Bernard Lacroix⁴³ ; elle est une extériorité qui ne reste pas à l'extérieur mais est intériorisée par les individus. En manquant ce passage de l'intériorisation, le risque est grand d'avoir une compréhension « objectiviste » de la constitution.

Ce passage de l'extérieur à l'intérieur est le résultat de l'« effet de miroir » que produit la constitution, premier sens possible de sa définition comme principe de réflexion. Toute constitution renvoie aux individus une image qui est à la fois la leur et celle d'un autre. En se regardant dans la constitution, c'est-à-dire dans la Déclaration des droits, le drapeau, l'hymne, la devise de la République, chacun se voit et se reconnaît : « Je suis bien ce citoyen-français-être-de-droit dont la constitution me renvoie l'image ». Mais grâce soit rendue à Rimbaud, ce « je » est un autre, ou, si l'on préfère, ce « je » ne préexiste pas à

43. Bernard Lacroix, « Le politiste et l'analyse des institutions », dans *Le Président de la République*, Paris, Presses de la fondation nationale de science politique, 1992, p. 13.

l'image que lui représente la constitution. Cette image n'est pas pour autant un faux ou une déformation de l'identité réelle de l'individu, car précisément ce dernier n'a pas la qualité de citoyen-français-être-de-droit avant qu'elle ne lui soit représentée par la constitution. En ce sens, cette qualité peut être dite « définie en extériorité », puisqu'elle n'est pas antérieure à sa mise en forme constitutionnelle. À condition d'achever le raisonnement de l'extériorité : dès lors que l'image de citoyen-français-être-de-droit se constitue par la mise en forme constitutionnelle, elle devient nécessairement la réalité de la représentation que l'individu se fait de lui-même, ce à travers quoi il se perçoit et se vit ; et, partant, elle n'est plus un élément étranger à son univers pratique, mais, au contraire, le principe qui va commander ses relations avec la société. Pas d'intériorité sans extériorité ; l'extériorité est une condition de l'intériorité, l'autre une condition du je : c'est par et dans l'autre — le citoyen-français-être-de-droit — que la constitution lui renvoie que l'individu devient ce « je - citoyen-français-être-de-droit ».

Véritable miroir magique — « miroir, dis-moi qui je suis ? » —, la constitution est le lieu où prend naissance l'homme moderne. Sans doute, certains l'analysent comme le moment de l'aliénation de l'homme soit parce qu'elle le sépare de ses racines naturelles, de sa relation à Dieu, de ses identités traditionnelles, soit parce qu'elle consacre, selon la formule marxiste, la séparation de l'homme avec l'homme et l'égoïsme bourgeois. Mais il ne pourrait y avoir séparation ou aliénation que si l'individu abandonnait son identité, ou ses qualités antérieures, pour acquérir celle qui, par la magie du miroir constitutionnel, vont précisément le constituer être de droit. Or, même si l'on admet qu'il possède des qualités antérieures — ce qui est discutable au regard de la condition de l'homme moderne —, la constitution, loin de les supprimer, permet, par l'effet de miroir, de construire une image unifiée du « je » dans l'espace social : travailleur, consommateur, électeur, parent, propriétaire, libre-penseur ou croyant, toutes ces qualités se trouvent précipitées — au sens chimique du mot — dans l'image de l'être de droit que l'individu rencontre dans la constitution⁴⁴. En ce sens, elle est ce lieu où se structure l'identité des hommes des temps désenchantés.

La constitution est aussi, et en conséquence de cela, le lieu auquel chacun peut référer son action, c'est-à-dire la comprendre, la juger, la critiquer, bref, la réfléchir. Il ne s'agit pas ici de réintroduire la thèse de la constitution moteur et principe d'explication des comportements des acteurs sociaux. On ne saurait en effet revenir en deçà de l'idée selon laquelle la matrice du comportement des uns et des autres est un

44. Chacun reconnaîtra ces qualités dans les différents alinéas et articles de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946.

système structuré de dispositions multiples et complexes — culturelles, sociales, psychologiques... — forgé par une socialisation continue et où l'intérêt ou la représentation que chacun s'en fait joue un rôle central, ce qui ne veut pas dire exclusif. Mais précisément ce système, ce « quelque chose » qui fait penser et agir, intègre nécessairement par le jeu de la socialisation les principes constitutionnels : égalité, liberté, solidarité, laïcité... Sans doute, chacun les intègre « à sa manière » soit comme règles juridiques, soit comme principes philosophiques ou comme idéaux politiques, et parfois peut-être, par un mélange savant, les transforme en éléments culturels. L'important est que, quel que soit leur mode d'intégration, ces principes font partie de ce « quelque chose » qui commande les pensées et les actions des agents sociaux. Pour dire que le sujet parlant ne maîtrisait pas la totalité de sa parole, Jacques Lacan avait cette formule : « ça parle et ça pense dans le je qui parle et qui pense ». De même, et avec toutes les précautions d'usage, on pourrait dire que « la constitution parle dans le je qui parle⁴⁵ ».

La différence, si différence il y a, avec les autres composantes de ce « quelque chose » qui fait penser et agir est que la part constitutionnelle des comportements d'un acteur peut être plus facilement recherchée, retrouvée et restituée⁴⁶. D'abord, parce que la logique de la concurrence entre les acteurs conduit chacun à dévoiler la part constitutionnelle dans l'action de l'autre soit pour montrer qu'elle est absente ou mal évaluée et dénoncer en conséquence l'arbitraire, soit pour montrer qu'elle est présente et affirmer en conséquence la rationalité de la décision. Ensuite, parce qu'une institution-tiers, le Conseil constitutionnel, oblige les acteurs à parler de cette part constitutionnelle, à réfléchir, à faire retour sur la « dimension » constitutionnelle de leur comportement : Telle loi peut-elle se comprendre par référence au principe de la liberté d'expression ? Telle autre peut-elle se juger par son rapport au principe de la dignité humaine ? Telle décision peut-elle être évaluée au regard du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, du droit de grève, de la liberté syndicale ? La part constitutionnelle ne peut pas rester dissimulée et c'est sans doute parce qu'elle est la seule chose visible que certains juristes ont tendance à considérer qu'elle est le moteur des comportements humains. À tort. La non-dissimulation de la part constitutionnelle ou, si l'on préfère, la restitution interrogative de la part constitutionnelle d'un comportement est seulement liée à sa spécificité sociale : écrite, publique, sa condition est d'être « constamment présente à tous les membres du corps social » — déclaration de 1789 — et par conséquent, d'être ; le cas échéant, constamment dévoilée, mise devant les

45. Évidemment, pas la constitution seulement.

46. Mais la part sociale d'un comportement peut aussi bien être restituée par la sociologie, et la part individuelle par la psychanalyse.

yeux des membres du corps social afin de comprendre et juger leurs actions. En d'autres termes, la non-dissimulation est la condition de l'utilité sociale d'une constitution.

Ni système, ni néant, la constitution est ainsi ce qui produit l'être comme être de droit et ce qui permet d'interroger, de réfléchir les conduites humaines. Ni système, dans la mesure où ces deux propriétés ne définissent pas un univers clos, refermé sur lui-même et faisant par lui-même sens. En effet, la construction constitutionnelle de l'être de droit se fait dans et par l'image de l'autre que la constitution renvoie. Or, non seulement cette image est en évolution continue sous l'effet des transformations du miroir où s'affinent certains traits — égalité entre nationaux et étrangers — où d'autres apparaissent — dignité humaine, citoyenneté européenne — mais elle incite l'individu à s'identifier dans ce qu'elle projette, c'est-à-dire à se mettre en mouvement, à entrer en relation avec les autres pour devenir être de droit. Par ailleurs, et au contraire de la thèse soutenue par Michel Guenaire⁴⁷, la constitution n'étouffe ni les progrès de l'action des hommes ni les impulsions politiques ni toute activité critique. L'image que le miroir constitutionnel renvoie est davantage investie de désir ou de promesses que d'objectivité : l'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté individuelle, la présomption d'innocence, la fraternité sont, parmi d'autres, les traits souhaités, voulus, espérés, rêvés de la figure de l'être de droit que l'exclusion, les inégalités, les injustices, l'arbitraire, la domination démentent quotidiennement. De même, Bernard Lacroix a raison, ici, de pointer la contradiction entre une constitution qui valorise le citoyen, ses droits, ses libertés au détriment « de représentants toujours figurés comme dépendants et subordonnés », mais qui consacre « l'essentiel de ses dispositions à régler les problèmes spécifiques qui se posent entre catégories spécifiques de représentants⁴⁸ ». Or, précisément, de cet écart entre l'image et la « réalité », entre les promesses constitutionnelles d'égalité, de liberté, de solidarité et la misère du monde naît la possibilité d'une critique de cette réalité et d'une action politique pour la changer. La constitution n'étouffe donc rien puisque c'est en son nom, au nom des promesses qu'elle exprime, que la critique de la positivité sociale peut être conduite : nul besoin de chercher ailleurs. Quoi de plus subversif, aujourd'hui encore, que l'affirmation selon laquelle « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit », ou celle qui pose que « tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable » ? La constitution ne condamne ni le

47. Michel Guenaire, « La constitution ou la fin du politique », *Le Débat*, n° 64, avril-mai 1991, p. 149.

48. Bernard Lacroix, « Le politiste et l'analyse des institutions », dans *Le Président de la République*, op. cit., 1992. p. 58.

juriste ni les hommes politiques au silence ou à l'inaction ; elle les invite au contraire à faire preuve d'imagination pour que les traits de l'être de droit désiré qu'elle dessine ne restent pas en pointillés.

Ce faisant, la constitution n'est pas davantage un néant, puisque ce qu'elle énonce peut être fondateur d'un point de vue critique sur la société, puisqu'elle est un des points auquel l'action humaine se réfère et sur lequel elle se réfléchit. Cette question est délicate et il convient de préciser le cadre épistémologique à l'intérieur duquel elle prend un sens. Prétendre que la constitution énonce ce qui permet de réfléchir l'action humaine pourrait, en effet, faire rappel de l'idée de constitution-système, tabernacle de règles sacrées signifiantes, puisque pour être ce point de réflexion elle doit être pensée comme un texte plein, objectivement déterminé et en lui-même déterminant. Or, que l'on soit ou non déconstructionniste, il est un fait qui n'est plus guère contesté : la constitution est un texte fait de mots et par conséquent irrémédiablement indéterminé et indéterminant, puisque le sens des mots est à jamais indécidable. Dès lors, comment, si la constitution « ne veut littéralement rien dire », peut-elle servir de principe de réflexion ? En ce qu'elle fonctionne sur le mode du « comme si ». Chaque fois qu'un acteur, une majorité parlementaire par exemple, réfère sa loi à un principe constitutionnel, il fait « comme si » celui-ci avait un sens objectif, imposant un contenu déterminé à la loi, même s'il sait « quelque part », ou même si le théoricien sait, que c'est une illusion. Dans la logique de la pratique, tout auteur est obligé de soutenir que sa décision n'est pas le produit d'un choix d'interprétation de telle ou telle disposition constitutionnelle mais de la stricte application de sa signification intrinsèque, sinon il ruine la force de sa (pro)position. Mais, dans cet ordre de la pratique, un acteur n'est jamais seul, il est toujours en relation avec d'autres qui, de la même manière, vont faire « comme si » leur propre décision ou la contestation de la décision s'enracinaient pareillement dans la constitution elle-même et non dans un travail de lecture particulier. De sorte que, et le paradoxe se prolonge en ironie, c'est en prétendant à la constitutionnalité « pure » de sa décision que chaque acteur fait apparaître l'irrémédiable indétermination des principes constitutionnels. Irrémédiable ne signifie pas que les acteurs ne puissent se mettre d'accord, à un moment donné, sur la signification du principe ; cela veut dire seulement qu'il n'existe pas de garantie ultime ou transcendantale à cet accord de sens sur lequel les acteurs « s'entendent » à un moment donné ; cela veut dire que cet accord de sens est construit par les acteurs et que ce mode de formation humaine l'empêche à jamais d'être définitif, puisqu'il crée les conditions de son propre dépassement par un nouvel accord sur une nouvelle signification d'un principe constitutionnel.

Dire, en conséquence, que la constitution est un principe de réflexion doit se comprendre comme la nécessité pour les acteurs

sociaux de travailler, de s'interroger sans cesse sur la signification des mots « égalité », « liberté individuelle », « liberté d'expression », « droit de grève », « laïcité », « propriété privée ». La constitution offre le minimum permettant à la société de se comprendre et de se réfléchir : les mots, les mots à partir desquels les hommes entrent en relation pour construire, par des procédures diverses, leurs sens. Entre le pôle de l'absolu constitutionnel et celui du néant constitutionnel, il y a, non pas le relativisme, le scepticisme ou le cynisme constitutionnel, mais tout simplement la vie des hommes qui cherchent en argumentant, en échangeant, en discutant, en communiquant, en se battant aussi parfois à se mettre d'accord sur ce qu'est, à tel moment, une règle d'égalité, de liberté ou de fraternité.

Parmi toutes les procédures de construction du sens des énoncés constitutionnels, il en est une récente, au moins en France, sur laquelle il convient de s'arrêter car elle fait problème : la procédure juridictionnelle. Pour une partie de la doctrine, aussi bien dans le champ du droit, de la science politique ou de la philosophie, le juge constitutionnel est responsable de tous les maux : la fin du politique, l'étouffement du débat, le retour du théologico-politique, la régression démocratique, le gouvernement du juge et même la promotion des professeurs de droit. Tout le monde, ou presque, juge convenable et même démocratique que les hommes politiques s'accordent, implicitement ou explicitement, sur la signification qu'il convient de donner à telle ou telle disposition constitutionnelle⁴⁹. Mais que les juges constitutionnels s'en mêlent paraît incongru, contraire à la bienséance démocratique. Pourtant, leur rôle est d'être seulement un des acteurs de la procédure complexe de production de sens, rôle qui s'accomplit de trois manières : ils obligent chaque acteur ⁵⁰ à argumenter sa lecture du mot « égalité », à étayer la prétention à la validité de son interprétation ; ils évaluent la pertinence des arguments et participent en conséquence eux-mêmes à l'échange en produisant des arguments qu'ils explicitent plus ou moins longuement dans leurs décisions ; ils sanctionnent par ces dernières la signification de l'énoncé constitutionnel auquel, au moment où ils interviennent, l'échange permet d'aboutir.

Bref, les juges constitutionnels garantissent que la production du sens de l'énoncé constitutionnel a respecté une procédure de délibé-

49. Par exemple de l'article 8 de la constitution et de « l'obligation » pour le Premier ministre de quitter ses fonctions quand le Président de la République le lui demande, ou de l'article 11 et de la possibilité du référendum constituant.

50. Les acteurs ne sont pas seulement les parlementaires qui contestent l'interprétation constitutionnelle de la majorité ou le gouvernement qui la défend, ce sont aussi les associations, les groupements, les syndicats qui envoient au Conseil leur « argumentaire » et plus largement encore tous ceux qui participent au débat public.

ration entre acteurs multiples, mais ils ne garantissent pas le sens produit ; ou, plus exactement, ils ne sont pas la garantie ultime ou transcendante de la Vérité absolue et définitive du sens produit. Une fois formulé, ce dernier ouvre en effet un nouveau débat, une nouvelle réflexion qui peut produire, quelque temps plus tard, une nouvelle interprétation de l'égalité, de la liberté ou de la solidarité, ce qu'on appelle pudiquement un infléchissement, une avancée, ou, plus clairement, un revirement jurisprudentiel.

« L'agir juridictionnel » est donc ce quelque chose qui produit du sens constitutionnel en mettant en relation un énoncé constitutionnel et ses différents lecteurs — hommes politiques, juges, associations, doctrine, médiateurs d'opinion. Relation qui implique une ouverture permanente sur la société et les évolutions de sens qui s'y produisent sous l'effet des déplacements de rapports de force sociaux, une vigilance permanente sur le mode de production de la vérité d'une époque, et enfin une écoute permanente de la critique de la positivité juridique au regard des « promesses » constitutionnelles. Tout ceci n'est pas écrit pour faire du juge constitutionnel le nouvel oracle de la Démocratie, mais pour rappeler que le sens d'un énoncé a une histoire, qu'il est le produit d'une lutte et que, dans cette lutte à laquelle le juge constitutionnel prend part désormais, son intervention soumet la production de sens à des conditions qui en favorisent la formation, ce qui ne veut pas dire la Vérité. Car on aura garde d'oublier, tant elle fait vivre la constitution comme principe de réflexion des hommes sans qualités, cette sentence que Montaigne avait fait tracer sur les solives de sa « Librairie » : « À tout argument on peut opposer un argument de force égale. »